



Referenz/Aktenzeichen: 233-00042

Bern, 12. Dezember 2013

---

---

# VERFÜGUNG

## der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Hans Jörg Schötzau (Vizepräsident), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Matthias Finger, Werner K. Geiger

in Sachen: **Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ)**  
Dreikönigsstrasse 18, 8022 Zürich

(Gesuchsteller)

und

**Consorzio Comestei**  
c/o Agir AG, Alte Obfelderstrasse 55, 8910 Affoltern am Albis

(Verfahrensbeteiligter)

gegen **Azienda Elettrica Ticinese (AET)**  
Viale Officina 10, 6501 Bellinzona

(Gesuchsgegnerin)

betreffend **Gesuch um Gewährung des Netzzugangs und Zurverfügungstellung der für die Abrechnung der Stromlieferung notwendigen Messdaten und Informationen für Consorzio Comestei / vorsorgliche Massnahmen**



## Inhaltsverzeichnis

I Sachverhalt.....	3
II Erwägungen.....	4
1 Zuständigkeit.....	4
2 Parteien.....	4
2.1 Im Allgemeinen .....	4
2.2 Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) .....	4
2.3 Consorzio Comestei .....	5
2.4 Azienda Elettrica Ticinese (AET) .....	5
3 Verfahrenssprache .....	5
4 Vorsorgliche Massnahmen.....	6
4.1 Im Allgemeinen .....	6
4.2 Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil.....	7
4.3 Verhältnismässigkeit .....	8
4.4 Hauptsachenprognose .....	9
4.5 Dringlichkeit .....	11
4.6 Fazit.....	12
5 Gebühren .....	12
III Entscheid.....	13
IV Rechtsmittelbelehrung.....	15



## I Sachverhalt

### A.

- 1 Mit vom 17. August 2013 datiertem Schreiben (recte: 17. Oktober 2013) hat der Gesuchsteller im Auftrag des Verfahrensbeteiligten bei der Gesuchsgegnerin für folgende Messstellen einen Antrag auf Netzzugang gemäss Artikel 11 Absatz 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) gestellt (Beilage 5 zu act. 1):
  - CH10019012345-K-SFIS-SFIS-ATG2MT1
  - CH10019012345-N-SFIS-SFIS-ATG2BT2
- 2 Mit Schreiben vom 24. Oktober 2013 hat die Gesuchsgegnerin den Netzzugang verweigert, mit der Begründung, die zwei fraglichen Messstellen seien bezüglich Netznutzung Gegenstand eines Vertrages mit der AlpTransit Gotthard AG (Beilage 6 zu act. 1).
- 3 In der Folge beantragte der Gesuchsteller mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 bei der AlpTransit Gotthard AG Netzzugang für die genannten Messstellen (Beilage 11 zu act. 1). Mit Schreiben vom 31. Oktober 2013 teilte die AlpTransit Gotthard AG dem Gesuchsteller mit, dass sie nicht Netzbetreiberin sondern Kunde der Gesuchsgegnerin sei (Beilage 1 zu Beilage 8 zu act. 1.).
- 4 Mit Schreiben vom 13. November 2013 teilte der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin mit, dass der Netzzugang nicht innert Frist aufgrund eines in Artikel 13 Absatz 2 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) genannten Grundes verweigert wurde, weshalb der Netzzugang als gewährt gelte (Beilage 8 zu act. 1). Mit Schreiben 29. November 2013 bestätigte die Gesuchsgegnerin die Verweigerung des Netzzugangs (Beilage 10 zu act. 1).

### B.

- 5 Mit Gesuch vom 3. Dezember 2013 gelangte der Gesuchsteller an die EICom und stellte folgende Anträge (act. 1):
  - «1. Die Azienda Elettrica Ticinese sei mittels vorsorglicher Verfügung anzuweisen, dem Gesuchsteller 2 Netzzugang zu gewähren und den Gesuchstellern 1 die für die Abrechnung der Stromlieferung notwendigen Messdaten und Informationen der Verbrauchsstätte bestehend aus den Messstellen CH10019012345-K-SFIS-SFIS-ATG2MT1 und CH10019012345-N-SFIS-SFIS-ATG2BT2 ab 1. Januar 2014 fristgerecht, einheitlich und diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.
  2. Die vorsorgliche Verfügung sei superprovisorisch zu erlassen.
  3. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorsorgliche Verfügung sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
  4. Alles unter Kostenfolge zulasten der Gesuchsgegnerin.»

### C.

- 6 Auf Einzelheiten des Sachverhalts wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.



## II Erwägungen

### 1 Zuständigkeit

- 7 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG entscheidet die EiCom im Streitfall über den Netzzugang. Sie kann den Netzzugang vorsorglich verfügen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a letzter Satz StromVG).
- 8 Das vorliegende Verfahren wurde auf Gesuch der EKZ hin eröffnet. Das Gesuch richtet sich gegen die AET in ihrer Funktion als Netzbetreiberin des besonderen Versorgungsgebiets («compensorio speciale», siehe Art. 4 Abs. 3 der «Legge cantonale di applicazione della legge federale sull'approvvigionamento elettrico del 23 marzo 2007» [LA-LAEI]) des Elektrizitätsnetzes der AlpTransit Gotthard AG (siehe Anhang zum «Regolamento della legge cantonale di applicazione della legge federale sull'approvvigionamento elettrico del 23 marzo 2007» [RLA-LAEI]). Das Gesuch hat die Frage des Netzzugangs sowie der Zurverfügungstellung von Messdaten und Informationen (siehe Art. 8 Abs. 3 StromVV) zum Gegenstand.
- 9 Die Zuständigkeit der EiCom für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist somit gegeben.

### 2 Parteien

#### 2.1 Im Allgemeinen

- 10 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Nach Artikel 48 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Zur Beschwerde berechtigt sind ferner Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG).

#### 2.2 Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ)

- 11 Der Gesuchsteller ist Netzbetreiber und versorgt grosse Teile des Gebiets des Kantons Zürich (siehe [maps.zh.ch](http://maps.zh.ch) → Stromnetzgebiete). Mit dem Verfahrensbeteiligten, der derzeit von der Gesuchsgegnerin Elektrizität bezieht (siehe Beilagen 3 und 4 zu act. 1), hat der Gesuchsteller einen vom 9. bzw. 16. Oktober 2013 datierten und als [...] bezeichneten Energieliefervertrag abgeschlossen (siehe Beilage 1 zu act. 1). Dieser soll wirksam werden, sobald der Verfahrensbeteiligte erfolgreich Netzzugang angefordert hat (siehe Ziffer 3 des Energieliefervertrags).
- 12 Als potentielle neue Energielieferanten hat der Gesuchsteller ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Frage, ob der Verfahrensbeteiligte Anspruch auf Netzzugang hat. Der Gesuchsteller hat somit Parteistellung im vorliegenden Verfahren.



## 2.3 Consorzio Comestei

- 13 Der Verfahrensbeteiligte hat über [...] mit dem Gesuchsteller einen Energieliefervertrag abgeschlossen (siehe Beilage 1 zu act. 1). Falls der Energieliefervertrag rechtsgültig abgeschlossen wurde und der Verfahrensbeteiligte ein Endverbraucher im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung ist, so stünde dessen Parteistellung zweifellos fest.
- 14 Der Verfahrensbeteiligte scheint aber eine einfache Gesellschaft zu sein. Die rechtliche Struktur des Verfahrensbeteiligten lässt sich mangels entsprechender Unterlagen jedoch nicht abschliessend beurteilen. Der Verfahrensbeteiligte ist jedenfalls nicht im Zentralen Firmenindex (siehe [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), letztmals besucht am 6. Dezember 2013) aufgeführt. Ohne Rechtspersönlichkeit bzw. als einfache Gesellschaft hat der Verfahrensbeteiligte keine Parteistellung im vorliegenden Verfahren (siehe zur Parteifähigkeit KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 444).
- 15 Ferner liegt in Bezug auf das vorliegende Verfahren seitens des Verfahrensbeteiligten keine ausdrückliche Prozessvollmacht zu Gunsten des Gesuchstellers vor. Die in Ziffer 5 des Energieliefervertrages erteilte «umfassende Vollmacht, alle zur Lieferung und Abrechnung der Energie erforderlichen Wechselprozesse» für den Verfahrensbeteiligten vorzunehmen (siehe Beilage 1 zu act.1), schliesst die Befugnis der Vertretung in einem formellen Verfahren nicht ohne Weiteres mit ein. Ferner bestehen auch in Bezug auf die Strukturen und die Befugnisse innerhalb des Consorzio Comestei Unklarheiten.
- 16 Da das Vorliegen einer Bevollmächtigung im vorliegenden Verfahren nicht in überzeugender Weise feststeht, wird der Gesuchsteller aufgefordert, bis zum 24. Januar 2014 eine entsprechende Vollmacht samt Nachweis der Legitimationen innerhalb des Consorzio Comestei einzureichen.

## 2.4 Azienda Elettrica Ticinese (AET)

- 17 Gemäss Artikel 4 Absatz 3 LA-LAEI in Verbindung mit dem Anhang RLA-LAEI, der im Kanton Tessin die Netzbetreiber und die entsprechenden Versorgungsgebiete bezeichnet, ist die Gesuchsgegnerin Netzbetreiberin des besonderen Versorgungsgebiets «rete Alptransit». In einem an den Gesuchsteller gerichteten Schreiben vom 29. November 2013 bestätigt die Gesuchsgegnerin selbst, dass sie Netzbetreiberin im Bauareal der AlpTransit AG ist (siehe Beilage 10 zu act. 1). Die Gesuchsgegnerin beliefert derzeit den Verfahrensbeteiligten mit elektrischer Energie (siehe Beilagen 3 und 4 zu act. 1).
- 18 Als Netzbetreiberin mit Endverbrauchern in der Grundversorgung, zu welchen mutmasslich der Verfahrensbeteiligte gehört, hat die Gesuchsgegnerin ebenfalls ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Frage, ob der Verfahrensbeteiligte Anspruch auf Netzzugang hat. Die Gesuchsgegnerin hat somit ebenfalls Parteistellung im vorliegenden Verfahren.

## 3 Verfahrenssprache

- 19 Gemäss Artikel 33a VwVG wird das Verfahren in der Regel in der Sprache geführt, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden. Die Behörde hat bei der Wahl der Verfahrenssprache einen gewissen Ermessensspielraum. Bei der Wahl der Verfahrenssprache sind die Waffengleichheit und die konkreten Interessen zu berücksichtigen (siehe KÖLZ/HÄNER, N 595).
- 20 Das Gesuch vom 3. Dezember 2013 ist in deutscher Sprache verfasst. Auch hat der Gesuchsteller die Korrespondenz jeweils in deutscher Sprache an die Gesuchsgegnerin gerichtet (siehe Beilagen 5, 8



und 9 zu act. 1). Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller jeweils auf Italienisch geantwortet (siehe Beilagen 6, 7 und 10 zu act. 1).

- 21 Die Gesuchsgegnerin verfügt offensichtlich über genügend passive Kenntnisse der deutschen Sprache, um ihre Interessen im vorliegenden Verfahren wahrzunehmen. Ferner steht es der Gesuchsgegnerin frei, sich im vorliegenden Verfahren in italienischer Sprache – gemäss Artikel 70 Absatz 1 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) offizielle Amtssprache – an die ECom zu wenden (siehe auch KÖLZ/HÄNER, N 596).
- 22 Da die Waffengleichheit gewahrt bleibt, wird das vorliegende Verfahren auf Deutsch geführt.

## **4 Vorsorgliche Massnahmen**

### **4.1 Im Allgemeinen**

- 23 Das Verfahren vor der ECom richtet sich nach dem StromVG und dem VwVG (siehe Art. 1 VwVG). Das VwVG selbst sieht keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren vor. Rechtsprechung und Lehre anerkennen jedoch, dass in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter gewissen Umständen vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren ist. Inhalt und Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen haben ihre Grundlage im materiellen Recht, dessen Durchsetzung die Massnahmen sichern sollen. Vorsorgliche Massnahmen sind dann zulässig, wenn die Rechtsdurchsetzung selbst gefährdet ist (KÖLZ/HÄNER, N 564). Die für das VwVG entwickelten Grundsätze sind auf die Anordnung des vorsorglichen Netzzugangs gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG anwendbar.
- 24 Auch das Bundesverwaltungsgericht bejahte im Rahmen einer Zwischenverfügung die Kompetenz der ECom zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in Sachen Stromversorgung (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2008, A-7862/2008, E. 1 ff.). Die ECom hat gestützt auf das Gesetz und auf die für das Verwaltungsverfahren entwickelte Praxis bereits in der Vergangenheit vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit der Frage des Netzzugangs erlassen (siehe Verfügungen der ECom vom 21. Dezember 2012 sowie vom 14. Februar 2013, abrufbar unter: [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) → Dokumentation → Verfügungen → Nach Thema → Netzzugang / Netznutzung / Systemdienstleistungen).
- 25 Unterschieden wird zwischen sichernden und gestaltenden Massnahmen. Mit sichernden Massnahmen wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Sie sollen den Sachentscheid umgekehrt jedoch weder präjudizieren noch illusorisch machen (siehe BGE 127 II 132, E. 3). Die Gewährung des vorsorglichen Netzzugangs stellt eine gestaltende Massnahme dar.
- 26 Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist weiter, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Dabei kann die Hauptsachenprognose insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächli-



chen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (siehe zum Ganzen BGE 127 II 132, E. 3).

27 Der Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen stützt sich aus Zeitgründen auf den Sachverhalt, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne darüber hinausgehende Erhebungen anzustellen (WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRIG, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Rz. 66 zu Artikel 56). Die Erfüllung der Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen muss durch den Gesuchsteller mindestens glaubhaft gemacht werden. Bei der Glaubhaftmachung genügt der Eindruck, dass sich die Tatsachen so zuge tragen haben wie behauptet. Die Gründe, welche für die Richtigkeit der Sachdarstellung sprechen, müssen überwiegen (siehe zum Ganzen KÖLZ/HÄNER, N 482).

28 Die vorliegende Verfügung hat die Gewährung des Netzzugangs per 1. Januar 2014 sowie die Zurverfügungstellung der damit zusammenhängenden Messdaten und Informationen in Bezug auf nachfolgende Messstellen zum Gegenstand:

- CH10019012345-K-SFIS-SFIS-ATG2MT1
- CH10019012345-N-SFIS-SFIS-ATG2BT2

Bei der Messstelle mit der Endung «MT1» handelt es sich um einen Mittelspannungsanschluss (MT = «media tensione», siehe Beilage 3 zu act. 1), bei der Messstelle mit der Endung «BT2» handelt es sich um einen Niederspannungsanschluss (BT = «bassa tensione», siehe Beilage 4 zu act. 1).

29 Rechnungsempfänger für diese zwei Messstellen ist der Verfahrensbeteiligte (siehe Beilagen 3 und 4 zu act. 1).

30 Nachfolgend ist zu prüfen, ob vorliegend die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind.

## **4.2 Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil**

31 Der Verzicht auf Massnahmen muss für die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wiedergutzumachen ist (siehe Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003, 2A\_142/2003, E. 3.1). Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist entscheidend, ob der Nachteil in einem Hauptverfahren rückwirkend wiedergutzumachen wäre oder nicht (BGE 125 II 613, E. 4a).

32 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nicht vorliegt, falls allfällige finanzielle Differenzen im Hauptverfahren rückwirkend ausgeglichen werden könnten (BGE 125 II 613, E. 4.a; siehe hierzu auch die Verfügung der ECom vom 19. Februar 2009, 957-09-001, Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen; Lieferpflicht und Tarif-/Preisgestaltung an Endverbraucherin mit Grundversorgung, E. 3.1; im Internet abrufbar unter [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) → Dokumentation → Verfügungen).

33 Dem Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 28. Oktober 2013 lässt sich entnehmen, dass die Gesuchsgegnerin für die Messstellen CH10019012345-K-SFIS-SFIS-ATG2MT1 und CH10019012345-N-SFIS-SFIS-ATG2BT2 keinen Netzzugang gewährt (siehe Beilage 6 zu act. 1). Der Gesuchsteller hat im Oktober 2013 mit dem Consorzio Comestei einen Energieliefervertrag für [...] mit Gültigkeit ab 1. Januar 2014 abgeschlossen. Darin bestellt das Consorzio Comestei [...] (siehe Ziff. 1 des Energieliefervertrages [Beilage 1 zu act. 1]).



- 34 Gemäss Ziffer 3 des Energieliefervertrages kommt der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung zustande, dass der nötige Netzzugang erfolgreich angefordert werden kann. Aufgrund der Verweigerung des Netzzugangs durch die Gesuchsgegnerin wurde der Netzzugang noch nicht erfolgreich gewährt. Demzufolge ist zwischen dem Gesuchsteller und dem Consorzio Comestei noch kein rechtsgültiger Energieliefervertrag zustande gekommen. Vertragliche Rechte und Pflichten bestehen derzeit somit nicht.
- 35 Dennoch ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller im Hinblick auf das Zustandekommen des Energieliefervertrages bereits Dispositionen getroffen haben, insbesondere die gegenüber dem Consorzio Comestei angebotene Elektrizitätsmenge auf dem Markt beschafft bzw. im Rahmen einer allfälligen eigenen Produktion reserviert hat. Fällt das Consorzio Comestei mangels Netzzugangs nachträglich als Kunde weg, kann dies für den Gesuchsteller finanzielle Nachteile nach sich ziehen.
- 36 Ebenso kann der Verfahrensbeteiligte einen finanziellen Nachteil erleiden, indem er nicht von einer günstigeren Strombeschaffung profitieren kann.
- 37 Die gleichen Überlegungen sind aber auch auf die Gesuchsgegnerin anwendbar. Als Netzbetreiberin ist sie gesetzlich verpflichtet, Endverbrauchern in der Grundversorgung jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität zur Verfügung zu stellen (siehe Art. 6 Abs. 1 StromVG). Da der Netzzugang nicht gewährt wurde, ist deshalb davon auszugehen, dass auch die Gesuchsgegnerin entsprechende Dispositionen in Bezug auf den Stromeinkauf bzw. die Stromproduktion getroffen hat.
- 38 Zweck der Stromversorgungsgesetzgebung ist es unter anderem, die Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Die Weigerung des Netzbetreibers, einem Endverbraucher den Netzzugang zu gewähren, hat nicht nur finanzielle Folgen, sondern behindert auch die Schaffung der notwendigen Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt. Das Stromversorgungsgesetz sieht daher vor, dass die ElCom den Netzzugang vorsorglich verfügen kann, um zu verhindern, dass der Netzzugang durch lange Verfahren und die Ausschöpfung sämtlicher Rechtsmittel auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben werden kann (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 ff., 1661).
- 39 Vorliegend droht dem Gesuchsteller und dem Verfahrensbeteiligten ohne vorsorgliche Massnahme somit ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil. Dieser Nachteil ist nicht nur finanzieller Natur. Er betrifft auch den Netzzugang als solchen als Voraussetzung für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt.
- 40 Ein nicht leicht wiedergutzumachender finanzieller Nachteil kann somit weder in Bezug auf den Gesuchsteller noch in Bezug auf die Gesuchsgegnerin ausgeschlossen werden. Die Frage, welcher finanzielle Nachteil überwiegt, ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu beantworten (siehe dazu Rz. 44 f.). Dabei wird auch der Zweck der Stromversorgungsgesetzgebung zu berücksichtigen sein.

### **4.3 Verhältnismässigkeit**

- 41 Der vorsorgliche Rechtsschutz ist zu gewähren, wenn eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint (BGE 127 II 132, E. 3).
- 42 Das Prinzip der Verhältnismässigkeit besagt, dass diejenigen Massnahmen anzuwenden sind, welche am besten geeignet sind, die Interessen der Parteien zu wahren. Dies bedeutet auch, dass unter mehreren Massnahmen jene zu wählen sind, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen.





Die Behörde hat die in Frage stehenden Interesse gegeneinander abzuwägen und die Schwere der Nachteile zu berücksichtigen, die ungerechtfertigte Massnahmen verursachen würden (siehe zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 13. Oktober 2008, 4A\_371/2008, E. 2.1.1). Daraus ergeben sich folgende Kriterien für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit im weiteren Sinne: Geeignetheit, Notwendigkeit sowie Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (d.h. im Sinne eines möglichst schonenden Eingriffs) der Massnahmen.

- 43 Die Verpflichtung zur vorsorglichen Gewährung des Netzzugangs ist vorliegend geeignet, das angestrebte Ziel – nämlich die Vermeidung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils in Form von finanziellen Nachteilen sowie in Form einer Behinderung des wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkts – zu erreichen. Alternativen zur Erreichung des Ziels gibt es nicht, zumal das Stromnetz ein natürliches Monopol darstellt. Damit ist auch das Kriterium der Notwendigkeit erfüllt.
- 44 Es verbleibt die Abwägung der sich vorliegend gegenüber stehenden Interessen. Es ist davon auszugehen, dass sowohl der Gesuchsteller als auch die Gesuchsgegnerin bereits die Elektrizität für das Jahr 2014 eingekauft bzw. reserviert haben (siehe Rz. 35 f.). Sowohl auf Seiten des Gesuchstellers als auch auf Seiten der Gesuchsgegnerin ist der mögliche Nachteil bei Anordnung bzw. Verweigerung des vorliegend beantragten Netzzugangs finanzieller Natur. Auf keiner Seite jedoch sind die finanziellen Auswirkungen derart ausgeprägt, dass der Netzzugang klarerweise vorsorglich verfügt oder abgewiesen werden müsste.
- 45 Falls eine summarische Prüfung ergibt, dass der Netzzugang hätte gewährt werden sollen, ist mit Blick auf den Zweck des StromVG (siehe Rz. 38) nicht ersichtlich, warum der Gesuchsteller für die Dauer des Verfahrens einstweilen die finanziellen Nachteile tragen sollte. Die Interessenabwägung hat vorliegend somit anhand einer Hauptsachenprognose zu erfolgen (siehe Rz. 46 ff.).

#### **4.4 Hauptsachenprognose**

- 46 Die Hauptsachenprognose kann insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (BGE 127 II 132 E.3).
- 47 Anspruch auf Netzzugang haben Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die nicht bereits gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag Elektrizität beziehen. Die Endverbraucher haben ihrem Netzbetreiber jeweils bis zum 31. Oktober mitzuteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen (Art. 11 Abs. 2 StromVV).
- 48 Aufgrund der durch den Gesuchsteller eingereichten Stromrechnungen betreffend den Monat April 2013 und der Stromverbrauchsabrechnung 2012 (siehe Beilagen 2, 3 und 4 zu act. 1) ist ersichtlich, dass der jährliche Verbrauch der Messstelle CH10019012345-K-SFIS-SFIS-ATG2MT1 weit über 100 MWh pro Jahr liegt. Die Messstelle CH10019012345-N-SFIS-SFIS-ATG2BT2 erreicht die Schwelle von 100 MWh hingegen nicht. In den der ECom vorliegenden Akten hat sich die Gesuchsgegnerin zur Verbrauchsmenge nicht geäussert.
- 49 In ihrem Schreiben vom 24. Oktober 2013 begründet die Gesuchsgegnerin die Verweigerung des Netzzugangs damit, dass die zwei betroffenen Messstellen in Bezug auf die Netznutzung Gegenstand eines Vertrages mit der AlpTransit Gotthard AG seien (siehe Beilage 6 zu act. 1). Aus diesem Grund könne auf das im Namen des Consorzio Comestei gestellte Gesuch um Netzzugang nicht eingegangen werden. In einem Schreiben vom 25. Oktober 2013 präziserte die Gesuchsgegnerin, dass auf-



grund des Netzanschlussvertrages die AlpTransit Gotthard AG nicht nur Rechtsinhaberin der Netzanschlussrechte sondern auch der damit zusammenhängenden Messdaten sei (siehe Beilage 7 zu act. 1).

- 50 Aus Sicht des Endverbrauchers bezieht sich der Netzzugang auf den Einkauf elektrischer Energie auf dem freien Markt. In diesem Lichte ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht ersichtlich, inwiefern ein Vertrag mit der AlpTransit Gotthard AG, der offenbar ausschliesslich die Netznutzung zum Gegenstand hat, das Consorzio Comestei – sollte es denn eine örtliche und wirtschaftliche Einheit mit einem Stromverbrauch von mindestens 100 MWh pro Jahr darstellen – am Eintritt in den freien Markt hindern kann.
- 51 Tatsächlich ist das Consorzio Comestei Empfänger der Stromrechnungen der Gesuchsgegnerin (siehe Beilagen 3 und 4 zu act. 1). Massgeblich für den Anspruch auf Netzzugang ist grundsätzlich nicht die Anzahl Messstellen, sondern das Vorliegen einer Verbrauchsstätte als örtliche und wirtschaftliche Einheit im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 StromVV (siehe Verfügung der EICom vom 17. Oktober 2013, 233-00011, Rz. 99). Ob das Consorzio Comestei eine örtliche und wirtschaftliche Einheit im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung darstellt und die beiden Messstellen gegebenenfalls zusammengerechnet werden dürfen, kann aufgrund der Aktenlage nicht beurteilt werden.
- 52 Das Consorzio Comestei ist jedenfalls nicht im Zentralen Firmenindex ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), letztmals besucht am 6. Dezember 2013) aufgeführt. Gemäss Gesuchsgegnerin handelt es sich beim Consorzio Comestei um eine einfache Gesellschaft (siehe Beilage 10 zu act. 1). Die EICom kann aufgrund der Aktenlage nicht beurteilen, wer hinter dem Consorzio Comestei steht bzw. wie eine allfällige einfache Gesellschaft strukturiert ist. Damit kann auch nicht beurteilt werden, ob allenfalls (auch auf jede einzelne Messstelle bezogen) eine unzulässige Bündelung des Stromverbrauchs vorliegt. Im Rahmen einer summarischen Prüfung kann auch nicht abschliessend beurteilt werden, ob dem Argument der Gesuchsgegnerin gefolgt werden kann, dass einfache Gesellschaften mangels Rechtspersönlichkeit keine Endverbraucher im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung sind (siehe Beilage 10 zu act. 1).
- 53 Der EICom sind auch die zwischen der AlpTransit Gotthard AG und den verschiedenen Bauunternehmungen abgeschlossenen Werkverträge, in denen angeblich auch die Thematik der Energielieferungen festgelegt und vereinbart wurde (siehe Beilage 1 zu Beilage 8 zu act. 1) nicht bekannt. Diese Werkverträge könnten in Bezug auf das Recht des Consorzio Comestei zur Geltendmachung des Netzzugangs sowie im Lichte von Artikel 11 Absatz 2 StromVV (Fehlen von schriftlichen, individuell ausgehandelten Lieferverträgen) von Bedeutung sein. Die AlpTransit Gotthard AG erwähnt in einem Schreiben vom 6. November 2013, dass sie durch einen Energieliefervertrag für die auf ihren Baustellen auszuführenden Arbeiten an die Gesuchsgegnerin gebunden ist (siehe Beilage 2 zu Beilage 8 zu act. 1). In einem zweiten Schreiben vom 6. November 2013 weist die AlpTransit Gotthard AG darauf hin, dass mit dem Consorzio kein direktes Vertragsverhältnis besteht, zumal das Consorzio Comestei Subunternehmen des Consorzio Condotte-Cossi sei (siehe Beilage 3 zu Beilage 8 zu act. 1).
- 54 Aufgrund dieser Unsicherheiten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ist es dem Gesuchsteller nicht gelungen, das Vorliegen der Voraussetzungen für den Netzzugang des Verfahrensbeteiligten glaubhaft zu machen. Aufgrund der offenbar speziellen Netzzugangssituation wäre es zum Beispiel angebracht gewesen, seinem Gesuch zusätzlich den dem Consorzio Comestei zugrunde liegenden Vertrag, allfällige Pläne, den Werkvertrag zwischen der AlpTransit Gotthard AG und den Bauunternehmungen und allenfalls weitere Dokumente, die der Klärung der Ausgangslage hätten dienen können, beizulegen. Eine Prozessvollmacht wurde auch nicht eingereicht (siehe Rz. 13 f.).



- 55 Der Verfahrensausgang erscheint aufgrund der vorliegenden Akten zweifelhaft. Vor dieser unsicheren Ausgangslage erscheint es unverhältnismässig, die Beschwerdegegnerin vorsorglich zu verpflichten, dem Verfahrensbeteiligten per 1. Januar 2014 den Netzzugang zu gewähren.

#### **4.5 Dringlichkeit**

- 56 Bereits aufgrund der Hauptsachenprognose ist eine vorsorgliche Massnahme abzuweisen, zumal sie unverhältnismässig erscheint (siehe Rz. 55). Trotzdem wird der Vollständigkeit halber in Bezug auf die Frage der Dringlichkeit Folgendes festgehalten:
- 57 Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (BGE 127 II 132, E. 3).
- 58 Der Anspruch auf Netzzugang ist jeweils per 1. Januar des dem Gesuch auf Netzzugang folgenden Jahres umzusetzen (Art. 11 Abs. 2 StromVV). Vorliegend wird um Netzzugang per 1. Januar 2014 ersucht. Da ein Entscheid in der Hauptsache zeitlich nicht mehr vor Jahresende gefällt werden kann, ist die Dringlichkeit vorliegend grundsätzlich gegeben. Das Gesuch um Netzzugang muss jeweils bis zum 31. Oktober gestellt werden (Art. 11 Abs. 2 StromVV). Aufgrund der 10-tägigen Verweigerungsfrist gemäss Artikel 13 Absatz 2 StromVG weiss ein Endverbraucher spätestens Mitte November, ob der Netzbetreiber den Netzzugang verweigert.
- 59 Vorliegend weiss der Gesuchsteller nach eigenen Angaben bereits seit dem 24. Oktober 2013, dass die Gesuchsgegnerin dem Verfahrensbeteiligten den Netzzugang nicht gewährt (siehe act. 1, Ziff. 9, zweiter Absatz). Das vorliegende Gesuch wurde der EICom erst am 3. Dezember 2013 per E-Mail zur Kenntnis gebracht und traf am 4. Dezember 2013 auf dem ordentlichen Postweg bei der EICom ein.
- 60 Der Gesuchsteller begründet den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung damit, dass er rein sicherheits halber am 25. Oktober 2013 auch gegenüber der AlpTransit Gotthard AG ein Gesuch um Netzzugang gestellt und anschliessend die 10-tägige Frist gemäss Artikel 13 Absatz 2 StromVG abgewartet hat. Unter Berücksichtigung einer zweiwöchigen Reaktionsfrist sowie der Versanddauer einer möglichen postalischen Rückmeldung seitens der AlpTransit Gotthard AG, hat der Gesuchsteller frühestens am 25. November 2013 gewusst, dass sie zur Klärung der Frage des Netzzugangs an die EICom gelangen müsse (siehe act. 1, Ziff. 9, zweiter bis vierter Absatz).
- 61 Dem Gesuchsteller wäre es zum einen zumutbar gewesen, anhand der Tessiner Ausführungsbestimmungen zur eidgenössischen Stromversorgungsgesetzgebung (insbesondere LA-LAEI und RLA-LAEI) bzw. durch eine Kontaktaufnahme mit den zuständigen kantonalen Behörden den Netzbetreiber des fraglichen Versorgungsgebiets eindeutig zu bestimmen. Dies umso mehr, als der Gesuchsteller selbst Netzbetreiber ist, professionell organisiert ist und sich mit der Stromversorgungsgesetzgebung auskennt. Zum anderen ist nicht ersichtlich, warum der Gesuchsteller unmittelbar nach der Verweigerung des Netzzugangs durch die Gesuchsgegnerin ungeachtet der weiteren Schritte, die er damals zu unternehmen gedachte, sein Anliegen nicht vorsorglich – allenfalls informell – bei der EICom deponiert hat; dies umso mehr, als es sich vorliegend nicht um eine klassische Netzzugangssituation handelt.
- 62 Gemäss einem Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 2. November 2011 (ZR 2011, 305) ist im Rahmen eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen das Zuwarten des Gesuchstellers ungebührlich, wenn mit der Gesuchseinreichung so lange zugewartet wird, wie die Anhörung der Gegenpartei im schlechtesten Fall gedauert hätte. Die abschliessende Beurteilung der Frage, ob der Gesuchsteller vorliegend die Dringlichkeit durch Zuwarten selbst verschuldet und damit das Recht auf vorsorgliche Massnahmen verwirkt hat, kann vorliegend aufgrund des Ergebnisses der Hauptsachenprognose offen gelassen werden.



## 4.6 Fazit

- 63 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass gestützt auf die der EICom vorliegenden Akten die Hauptsachenprognose nicht klar ist. Damit steht auch nicht fest, dass die Interessen des Gesuchstellers und des Verfahrensbeteiligten an einer vorsorglichen Massnahme die Interessen der Gesuchsgegnerin überwiegen. Die Verhältnismässigkeit einer vorsorglichen Massnahme kann daher nicht bejaht werden.
- 64 Der Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 1, Antrag 1) und der Eventualantrag um Erlass superprovisorischer Massnahmen (act. 1, Antrag 2) werden abgewiesen, womit Antrag 3 (Entzug der aufschiebenden Wirkung) als gegenstandslos dahinfällt. Auf Antrag 3 ist deshalb nicht einzutreten (siehe KÖLZ/HÄNER, N 937 ff.). Über Antrag 4 (Kostenauflegung zu Lasten der Gesuchsgegnerin) wird im Hauptverfahren entschieden.
- 65 Bei diesem Ergebnis ist auch die Gesuchsgegnerin im Rahmen der vorliegenden Verfügung nicht anzuhören.
- 66 Da der Gesuchsteller im Rahmen ihres Gesuchs für das Hauptverfahren keine Anträge gestellt hat, wird er aufgefordert, der EICom bis zum 24. Januar 2014 diese Anträge einzureichen, zu begründen und mit entsprechenden Unterlagen zu dokumentieren.

## 5 Gebühren

- 67 Die EICom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals CHF 75.- bis 250.- pro Stunde (Art. 3 GebV-En). Die Gebühren können aus wichtigen Gründen herabgesetzt oder erlassen werden.
- 68 Die Gebühren für Verfügungen der EICom werden nach Zeitaufwand berechnet (Art. 3 Abs. 2 GebV-En). Die EICom hat die Gesamtkosten nach Aufwand ermittelt. Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebührenansätze in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF 250.- pro Stunde (ausmachend CHF [...]), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF 200.- pro Stunde (ausmachend CHF [...]) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF 170.- pro Stunde (ausmachend CHF [...]). Dadurch ergibt sich in der Summe eine Gebühr von CHF [...].
- 69 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst hat (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]).
- 70 Die Gebühren für die vorliegende Verfügung werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.



### **III      Entscheid**

#### **Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:**

1. Die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) haben bis zum 24. Januar 2014 eine vom Consorzio Comestei rechtsgültig unterzeichnete Prozessvollmacht samt Nachweis der Legitimationen innerhalb des Consorzio Comestei einzureichen.
2. Die Verfahrenssprache ist Deutsch.
3. Die Anträge 1 und 2 des Gesuchs der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) vom 3. Dezember 2013 werden abgewiesen.
4. Auf Antrag 3 des Gesuchs der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) vom 3. Dezember 2013 wird nicht eingetreten.
5. Die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) haben bis zum 24. Januar 2014 begründete und dokumentierte Anträge in der Hauptsache zu stellen.
6. Die Gebühren für die vorliegende Verfügung betragen CHF [...] und werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.
7. Die vorliegende Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.



Bern, 12. Dezember 2013

**Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom**

Carlo Schmid-Sutter  
Präsident

Renato Tami  
Geschäftsführer ECom

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ), Dreikönigsstrasse 18, 8022 Zürich
- Azienda Elettrica Ticinese (AET), Viale Officina 10, 6501 Bellinzona

Zur Information:

- Consorzio Comestei, c/o Agir AG, Alte Obfelderstrasse 55, 8910 Affoltern am Albis



## **IV      Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen.

Nach Artikel 22a Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) gibt es keinen Stillstand der Fristen in Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.